#4 20

22

✠

EN EL PLEYTO DEL LVGAR DE ALFOCEA.

Reſpueſta a las dudas comunicadas al Señor de Huerto.

PRIMVM DVBIVM.

I*Lla verba poſsita in venditione conceſſa per Domnam Eliſabetham Diez de Aux in fauorem Petri de Altarriba, ſcilicet:* Y a quien vos, y ellos querreis reſpectiuè: *non videntur poſſe reſtringi ad vitam Petri de Altarriba, ſed generaliter, & abſolutè intelligenda eſſe de libera facultate alienandi in perpetuum. Tam quia ſunt indefinite prolata, quam etiam, quia alias remanerent ſine aliquo effectu operandi. Certiſsimi enim iuris eſt, nõ exiſtente aliqua probibitione alienandi, grauatum poſſe pendente conditione fideicommiſsi alienare rem reſtitutioni ſubiectam; Necnon etiam, quia prædicta verba non tantum referuntur ad Petrum de Altarriba, ſed etiam ad cæteros in dicta venditione vocatos, & quemadmodum quilibet eorum poſſet dicta bona libere alienare, cum non reperiatur grauatus alteri reſtituere, ſimiliter Petrus de Altarriba potuiſſe videtur, ne deterioris conditionis ſit principalis emptor, quam cæteri in dicta venditione comprehenſi, & quia vna determinatio in omnibus pariformiter determinare debet. Neque quod abſolutè intelligantur repugnat naturæ vinculi, & rationi euitandi correctionem conſiderate, nam cum ea verba ſint* comixta diſpoſitiuis, *potius modificare, ſeu declarare mentem diſpoſitionis videntur quam deſtruere.*

RESPVESTA.

LOS motiuos de los dos ſeñores Conſejeros que votaron contra eſta parte en la primera inſtancia de la lite pendente, tocaron la materia deſte Dubio, deſde el verſiculo, *Nam omiſſo quod potuit pater*.

Pero bien conſiderado, ni el Dubio, ni el Motiuo obſtan, por las razones ſiguientes.

La primera es eficaciſsima, tanto que eſcuſa otras reſpueſtas.

Del contexto de la vendicion conſta claro, que a Pedro de Altarriba ſe le quiſo dar derecho deſpues de la muerte de Doña Iſabel Diez de Aux vendedora, y de ſus hijos y deſcendientes, y no antes; porque aſsi para ella, como para ellos, ſe reſeruò el dominio de los bienes vendidos.

Y como eſte derecho, ò vocacion poſt mortem prædictorum, y para dia incierto, fue condicional, *l. hæres meus, §. 1. l. dies incertus, ff. de condit. & dem. l. huiuſmodi, in fine, ff. quando dies legati cedat, l. vnica, §. ſin autem ſub conditione, C. de caducis tollen.* *Fuſar. de ſubſtit. q. 488. nu. 2. & 11.* Y para verificarſe, ò purificarſe el caſo en q̃ la vendicion quiſo dar derecho a Pedro de Altarriba, fue neceſſario q̃ el ſobreuiuiera a la vẽdedora, y ſus hijos y deſcendientes: por auer premuerto, faltò la condicion ſub qua venditio reſpectu Petri fuit cõcepta: y [illegible] es lo miſmo, que ſi no huuiera dado derecho alguno al dicho D. Pedro, y como ſi con el la vendicion no ſe huuiera celebrado. Quidquid enim ſub vna conditione conceditur, ſub contraria videtur ademptum, *l ſi pecuniam*, vbi *Deci. nu. 4. ff. ſi cert. pet. l filius familias, §. cum quis, ff. de leg. 1.* Immo conditione deficiente, conceſsio pro non facta, neque ſcripta habetur. *d. l. vnica, §. ſin autem, C. de cad. tollen.* latè *Caſan. conſ. 2. num. 20. & 32. Ioſeph. Ram. conſ. 28. num. 6. & 7.*

De aqui es, que aunque las palabras que pondera el Dubio, *Y a quien vos, y ellos querreis reſpectiuè*, huuieran dado

do facultad a Pedro de Altarriba, para disponer de los bienes vendidos, comprehendiendo el derecho de Don Francisco su hijo, fuit etiam extincta facultas propter deficienciam conditionis. Illa namque verba: *A vos Pedro de Altarriba, y despues de vuestros dias a Francisco de Altarriba vuestro hijo, y a sus hijos y descendientes, &c. y a quien vos, y ellos querreis respectiuè*; continentur sub vnica oratione, & reguntur ab illo verbo *vendo* immediatè præcedenti, & pariformiter ab eodem determinantur, ita vt sicut conditionalis fuit venditio respectu Petri, fue assi mesmo condicional la facultad comprehendida en las palabras, *y a quien vos, y ellos, &c.* Quia vna determinatio respiciens plura determinabilia pariformiter, & æqualiter determinatur, *l. iam hoc iure, ff. de vulg. l. quamuis, C. de impb. & al. subs.* Y si se quisiesse entender, que Pedro de Altarriba pudo disponer de los bienes vendidos, aunq̃ no llegasse el caso y tiempo de la vendicion: se ha de confessar, que pudo disponer en perjuizio de la vendedora, y de sus hijos y descendientes, que seria manifiesto absurdo, y contra la expressa voluntad de Doña Isabel Diez de Aux, que tan repetidas vezes se reseruò el señorio para si, y para ellos.

El fundamento de ser condicional esta vendicion, si emptor superuixerit venditrici, & eius descendentibus, se confirma de lo literal del instrumento, en el qual llegando la vendedora a explicar las cargas y obligaciones con que vendia, dize, que vna dellas ha de ser, que los compradores auian de pagar mil ducados, que se reserua para disponer por su alma; *los quales vos dicho comprador si viuo sereis, sino el dicho Francisco de Altarriba hijo vuestro si viuo serà, &c. seais obligados à pagarlos, del modo que yo aurè dispuesto.* Y assi, de la suerte que la carga y obligacion auia menester la sobreuiuencia de los compradores, de la misma suerte la vendicion y facultad de dichas palabras, *y a quien vos, y ellos, &c.* estuuieron dependientes de la

mis-

misma condicion, y de su cumplimiento, o deficiencia.

Y con la palabra *respectiue*, se haze en nuestro fauor vn dilema al parecer irrefragable. Que si se considera relatiua a los tiempos, casos, y personas de los vendedores, y sus drechos; es llano que cada vno de los compradores pudo disponer en su tiempo; y de su drecho tansolamẽte, que es el verdadero entendimiento de aquella palabra, que por ser relatiua, repite los casos, y tiempos del relato, *Casana. cons. 4. num. 304. Fusar. de subst. q. 320. num. 82. Barbos. dict. 87. num.* 1. 2. Y si se quiere referir solamente a las personas (como la otra parte lo interpreta, dexando la facultad absoluta ratione temporis, & ratione iurium) necessario serà confessar, que Pedro de Altarriba pudo disponer de los bienes vendidos, no solo a perjuizio de el drecho de su hijo, sino tambien a perjuizio de la reseruacion, y drecho de la vendedora, y de sus hijos, y descendientes, cayendo en el absurdo ya ponderado. Y de la misma suerte si la palabra *respectiue* no limita la facultad a los tiempos, y a los drechos de cada vno de los cõpradores, se ha de confessar assi mesmo, que Don Francisco de Altarriba antes de llegar su tiempo, y su drecho pudo disponer de los bienes a perjuizio del drecho de su padre, y de la vendedora, y de sus hijos y descendientes: que es otro mayor absurdo.

Y assi la verdadera, y segura inteligencia, es la que dierõ los motiuos de los señores que votaron por esta parte: que la palabra *respectiue* quitaua toda la dificultad, refiriendola a los tiempos, y drechos de cada vno de los compradores. Y con esta inteligencia haremos dos legitimas illaciones en satisfacion del dubio. Vna, que las palabras, *y a quiẽ vos, y ellos querreys respectiue*, no atribuyeron facultad a el padre a perjuizio del hijo. Y la otra; que aunque se la huuieran atribuido, fue con la misma condicion si pater superuixerit venditrici, & eius descendentibus, que faltò, & ea deficiente evanuit facultas, ac si non fuisset attributa, & etiam cessio ab ea dependens.

Qui-

Quibus præmiſsis:no obſtan los motiuos del Dubio.

No el primero in illis verbis; *quia ſunt indefinite prolata*,por lo dicho,eſto es,q̃ la palabra *reſpectiue*, las ſaca de indefinitas,y las reduze a los tiempos y drechos de los compradores. Y quãdo fueran indefinitas eſtuuieron dependiẽtes de la condicion que faltò.

No el ſegundo,ibi : *Quia alias remanerent ſine aliquo effectu operandi.* Porque el argumento a ſuperfluitate vitanda, en ſentencia de los Doctores es leue , nam quælibet minima ratio tollit argumentum ſuperfluitatis , vt ex verbis *Bal.*inquit *Mandel. Aban. conſ.* 11. *num. 36.* Y para excluir eſſe argumento , baſta que las palabras obren expreſsion de lo que ineſt tacite de iure , *Bald.per illum tex. in l.quæſitum, §.Pomponius, ff. de diſtract. pign. & l.non rectè,C.de fideiuſſor. Imol.in l.ſi quis cum aliter , num.3. verſ.Quid autem,de verb.obligat.Tiraq.de retract.conu. §.* 1 *.gloſ. 2.num. 28. Aldob. conſ.3 num. 71. Hier.Gonç. in regul.menſ.gloſ.6.num.33.Barboſ. axiom.216. num.8.* Y como en qualquiera contracto contrahentes intendunt ſibi & hæredibus ſuis acquirere, *§.ex conditionali,Inſt. de verb.obligat.* las palabras *a quien vos , y ellos, &c.* exprimen lo que tacite ineſt de iure,y baſta eſſa operacion,vt ſuperflua non dicantur , nihil augendo, vel diminuendo. En cuya prueua , y otras reſpueſtas eficazes al argumento de ſuperfluidad en nueſtro caſo,ſuplico ſe lea *Manti.de tacit. & ambig.tom.* 1 *.lib.2.tit.12.à nu.17.ad fin.*que nos eſcuſa de eſtender el diſcurſo.

No el tercero , en que ſe dize , que como qualquiera de los otros contemplados en la vendicion pudo diſponer en los bienes por no eſtar grauado ; pudo tambien Pedro de Altarriba,ne deterioris conditionis ſit principalis emptor. Porque ſe reſponde,negando el ſupueſto deſte motiuo, eſto es , que los otros contemplados podian diſponer abſolutè por no eſtar grauados. Antes bien todos lo eſtuuieron por el ordẽ del fideicomiſſo,fundado años antes que nueſ-

tra vendicion en los capitulos para el matrimonio del dicho Pedro de Altarriba, y Doña Francisca Diez de Aux, exhibidos en processo fol.329.que es el mayorazgo perpetuo del Lugar de Huerto: pues en la vendicion se contemplaron los hijos y descendientes legitimos de Don Frãcisco de Altarriba que sucediessen en el Lugar de Huerto, que fue fundar mayorazgo en la vendicion de los bienes que se vendian, como lo estaua en el dicho Lugar, ad eaque de institutione fideicommissi per relationem ad aliud antea institutum, latè docet *Casan.cons.56.*

Ninguno de los descendientes de Don Francisco podia suceder segun la vendicion, sin verificar la calidad de sucessor en el Lugar de Huerto: Esta la auia de verificar con los llamamientos en el mayorazgo del dicho Lugar. Ergo, los benes vendidos auian de caminar vnidos a este mayorazgo. Y consiguientemente qualquiera que sucediesse estaua grauado, y no pudo agenar absolute. Et deficit præsuppositum in quo dubium nititur, & sublato fundamento corruit edificium.

Lo otro por palabras claras y expressas de la vendicion quedò Pedro de Altarriba grauado post eius mortem à fauor de su hijo, ibi: *Y para despues dias vuestros, al dicho Frãcisco de Altarriba fijo vuestro*, & sic implicite alienare prohibitus in præiuditium filij. Y estando la voluntad tan descubierta en este grauamen, no ay que hazer caso de lo dispuesto en los otros contemplados, aunque (sin perjuizio de la verdad) quedaran con facultad de disponer, nam voluntas disponentium consideratur qualis fuit, non qualis esse debuit, aut potuit, *l.cum Delanionis, §. Assinam, ff.de fund.inst.Cast.in l.quo loco, §.si iam mortuo, num.2. ff. de hæred.inst.Surd.decis.41. num.*10. *Mantic.de coniect. lib. 3.tit.* 10.*num.*1.

Y en quanto el Dubio considera por principal comprador a Pedro de Altarriba, no procede, pues para en su caso y tiempo lo fue tanto como el, su hijo, pro quo pater lo-

quens

quens & agens,aceptò en su nombre la vendicion,y la vē-
dedora confiessa auer recibido de los dos el precio, que fue
hazerlos compradores distintos, aunque en vn instrumen-
to, porque las vendiciones son tantas quantos los com-
pradores,quando cada vno contribuye al precio, *Rot.apud Farin.nouis. tom. 3. decis.106.* que se ha de leer *num.7.* Y aqui ay otras razones, la diuersidad de tiempos, para que a los dos se vende, y la diuersidad de condiciones, pues para Pedro de Altarriba llegaua el caso muerta la vendedora y sus hijos,y descendientes,y para Don Francisco auia juntamente de preceder la muerte de su padre. Y esta vltima condicion no solo era diuersa, pero contraria, pues la vida del padre era necessaria para que llegasse el caso de su vendicion,y permaneciesse en su persona el derecho por ella adquirido. Y para la del hijo era necessaria la muerte del padre,y no ay cosas mas contrarias. Y asi no pudo ser vna la vendicion respecto de los compradores,sino diuersas,y cada vno principal comprador respecto de su caso, tiempo,y derecho.

De que nace respuesta a el axioma, y quarto motiuo del dubio: *Vna determinatio respiciens,plura determinabilia pariformiter determinat*,de la *l.iam hoc iure,ff.de vulgari* Siquidem præsupposita vera intelligentia verborum, *y a quien vos,y ellos querreis respectiue*,de qua hucusque: regula prædicta,nobis adest.

Ha se ponderado por esta parte la repugnancia, y correccion inmediata,si las palabras,*y a quiē vos,y ellos, &c.* tuuiessen absoluta disposicion, con el grauamen que resulta de la memoria de la muerte,y clara voluntad de los contrayentes, de que muerto Pedro de Altarriba sucediesse su hijo, y despues del sus hijos y descendientes sucessores que fuessen en el Lugar de Huerto por via de mayorazgo. Y para evitar este absurdo,nos dize en vltimo lugar el dubio, que las dichas palabras,por mezclarse en lo dispositiuo,no corrigen, sino que declaran la mente de la antecedente disposicion.

La

La respuesta es, que la gradual sucession entre las personas contempladas en la vendiciõ es literal, expressa, y clarissima ibi: *Vendo a vos Pedro de Altarriba, y para despues dias vuestros al dicho vuestro fijo* Francisco *de Altarriba, y a sus descendientes successores en el dicho Castillo, y Lugar de Huerto.* Y el darles facultad a todos, y cada vno para poder disponer (como la otra parte pretende) son cosas tan contrarias como la negatiua, y afirmatiua, como el auer vinculo, y no auerlo, y como quedar los bienes vendidos agregados al mayorazgo de Huerto, y libres del. Y assi por el mismo caso que las palabras, *y a quien vos, y ellos, &c.* se mezclan, y acercan mas a lo dispositiuo, està mas firme el argumento del absurdo, porque su mayor fuerça estriua en ser la correccion inmediata, y sin intervalo, nemo præsumitur *in continenti* se corrigere. De que resulta, que el fundamento de la mixtura, ò inmediata colocacion de las palabras, *y a quien vos, y ellos, &c.* nos assiste, y se tuerze contra la otra parte, con toda eficacia.

De lo mismo resulta, que en el sentido tan violento que se les quiere dar de poder disponer absolute, son ex diametro contrarias, y no declaratiuas, pues las vnas dizen implicite, que ninguno de los contemplados agene en perjuizio del substituto: y las otras (en el sentido de la otra parte) les permiten la agenacion, quæ cum ad sensum pateant amplius non insisto.

Queda con lo dicho respondido al dubio primero, y cõcluido q̃ D. Pedro de Altarriba, no tuuo facultad de disponer a perjuizio de su hijo, que tenia derecho ex propia persona.

Y lo que mas es, aunque tuuiera essa facultad, no vsò della respecto del derecho del hijo, ni le quiso causar perjuizio, & vana est potentia, quæ non reducitur ad actum, *l. ha enim, §. si Prætor. ff. de suspect. tut. l. multum interest, C. si quis alteri, vel sib.* Remitiendome en quanto a este pũto de la voluntad al dubio siguiente, en que se habla della.

TER-

SECVNDVM DVBIVM.

L*Icet in instrumento recognitionis factæ per Petrum de Altarriba in fauorem Domnæ Elisabethis, non reperiatur nominatus Franciscus de Altarriba eius filius, tamen illius ius in eo videtur fuisse comprehensum. Nam cũ dictus Petrus* pro se, & suis hæredibus *præsentibus, & futuris fateatur venditionẽ esse factã in fide, & pro cubierta ad vtilitatem, & commodum dictæ Elisabethis,* nullum fuisse solutum pretium, & simul cessionem fecerit, *ac tandem hæc omnia per eosdem seruare promisserit, & nulli horum contrauenire, & Franciscus de Altarribus extiterit eius hæres*, dicendum videtur idem esse, ac si hæc omnia per eum fuissent confessata; & Petrum voluisse in dicto actu recognitionis comprehendere ius dicti Francisci hæredis. *Quod fortius suadere videtur, quod vnus, ac idem contractus, cuius fides est indiuidua, pro parte verus, ac pro parte fictus, & simulatus esse non potest. Nec referre videtur, quod ius Francisci diuersum cẽseatur à iure sui patris. Quia vt cõprehendatur in pacto, voluisse sat est, cũ & si in dictis bonis non succeßerit ex persona patris, sed sua nõ potuit reuocare factũ eius cuius personã sustinet, saltim pro equiualenti comodo, quod ex hæreditate ad eũ peruenit. Et in præsentiarum apparet Franciscum vti hæredem patris succesisse in bonis liberis magni valoris, scilicet in loco, seu Pardina de Trulla, & in decem mille libris Iac. cuiusdam reseruæ, quæ excedunt valorem loci de Alfocea.*

RESPVESTA.

TRATA este dubio de la voluntad de Pedro de Altarriba, y que quiso comprehender el derecho de D. Francisco su hijo, y los motiuos son.

Que reconociò la vẽdicion por simulada, y q̃ no se pagò pre-

precio alguno, cediò los derechos della en fauor de la vendedora, y por si, y sus herederos ofrecio de no contrauenir a la cesʃion, y reconocimiento. Que la fe del contracto es indiuidua, y no pudo ser ficto respecto de Pedro, y simulado respecto de Francisco, de que se colige la comprehensiõ de los dos derechos. Y que Don Fracisco por ser su heredero en bienes de tanto, y mas valor, no pudo contrauenir al hecho, y confesʃion de su Padre, *ex l. vnum ex familia, §. sed est si fundum, ff. de legat. 2.*

Ninguno ha negado (ni pudiera con razon) que el derecho de Don Francisco es diuerso, que el de su padre perteneciendole in vim venditionis, ex propria persona, como lo reconoce el motiuo contrario de los dos SS. en la primera instancia de la lite pendente. Y siendo cierto que el reconocimiento y cesʃion fue personal, y limitado al derecho del padre, como lo motiuaron los ocho SS. de las dos sentencias, y se ha fundado con inuencibles instancias en las alegaciones antiguas, y modernas, y se fundare en esta respuesta. Llana es la consequencia, que tratando Don Francisco de su derecho, no contrabiene a cosa alguna del reconocimiento, y que se deue juzgar en este Processo, lo que se juzgò en el de lite pendente.

La fuerça deste assumpto, consiste en la menor proposicion, esto es que el padre no entendio perjudicar al hijo, y el ser verdadera constarà de la respuesta a cada vno de los motiuos del dubio en esta forma.

El primero es; *fateatur venditionem fuissa factam in fide, &c,* y no es cierto. Porque el dubio haze el reconocimiento absoluto. Y no fue sino limitado al derecho del padre, vt in instrumento, ibi: *a mi fecha, y otorgada,* & ibi: *No he pagado precio, ni parte alguna.* Y en la cesʃion, ibi: *Me ha sido adquirido, ò se me ha podido adquirir,* que todas son palabras limitatiuas, y personalisʃimas ad oculum personam demonstrantes, aliasque personas excludentes, *Rot. apud Seraph. decis. 552. num. 1. & 1049. num. 3. & 18.*

18.Surd.conſ.53.num.7.& 384.num.47. Iuntando la naturaleza de la renunciacion,que es odioſa, y ſe ha de interpretar ſtricte, con las demas conſideraciones hechas a eſte propoſito en mi Alegacion primera a pag. 5.verſ.fin.

El ſegundo motiuo eſtà en las palabras, *& nullum fuiſſe ſolutum pretium*, a quien conuiene la reſpueſta que ſe da al primero,porque el reconocimiento no dize ſimpliciter & abſolute,que no ſe pagò precio,ſino deſta ſuerte: *Ni del precio de los dichos trecientos mil ſueldos Iaqueſes mẽcionados en la dicha y precalendada vendicion, no he pagado precio, ni parte alguna*, comprehendiendo ſolamente la perſona del padre, ſin que dellas ſe pueda inferir confeſsion de que el hijo no pagò ſu parte, como la vendedora lo confieſſa en el inſtrumento de la venta, a que ſe ha de eſtar,a fauor de Don Franciſco, que no reconoce lo contrario.

Secuntur verba *& ſimul ceſsionem feciſſe*. La reſpueſta es la miſma,por las palabras,*me ha ſido adquirido, ò ſe me ha podido adquirir*,limitatiuas al derecho del cedente.

El quarto fundamento y motiuo del dubio,es lo indiuiduo de la fe del contracto,que perſuade no poder ſer la vẽdicion ſimulada reſpecto de Pedro, y verdadera reſpecto de Franciſco.

Eſta conſideracion haze euidente la juſticia deſta parte, y ſe conuierte contra la otra con eficacia.

Doña Iſabel Diez de Aux confieſſa en el inſtrumento de la vendicion auer recibido el precio de los dos. Y lo buelue a confirmar en el codicillo, reconociendo que la vendicion fue verdadera. Y cumpliendo con la obligacion de ſu cõciencia, quiere ſe obſerue y guarde todo lo en ella contenido. Y ruega, y ſuplica al ſeñor de Huerto, q̃ ſi lo que diſpone en ſu teſtamẽto, y codicillo, excede a lo q̃ ſe reſeruò en la vendicion, lo cumpla graciosamente de ſus bienes. Que ſon las mayores demoſtraciones que de parte de Doña Iſabel ſe pueden hallar en prueua de la verdad de la vendicion

Señor,

Señor, si era ficta, porquè estando enferma con peligro de muerte auia de incurrir en vn mendacio a tan notable perjuizio de su conciencia, *Valenç. cons.* 102. *num.* 112. dixo: *Quis enim adeo impius, & sue salutis immemor est, qui eo profecturus, vbi proponitur, aut æternum præmium, aut sine fine tormentum velit, posthuma quadam improuitate mentiri.* Y aun los Gentiles creyeron, que no podian fingir contra la verdad los que estauan para morir, como se aduierte de *Hypol. Rimin. cons. 420. nuu.* 119. que despues de auer dicho: *Si vnquam habetur veritas ab homine, habetur quando recessurus est ab hoc sæculo*; lo prueua cō autoridad de *Quintiliano Orat.* 17. cui titulus est, *Venenum effussum*, donde dize: *Nuntio vobis Sanctissimi viri, nil à morientibus fingi, nihil vita laborante simplicius.*

Y si era imaginaria, quare venditrix precibus implorat, quod iure sibi erat permissum, haziendo vn acto frustratorio, *l.* 1. *ff. ad municipal.* cum simil.

Juntese, que en las vendiciones hechas en fe, ni es necessario, ni se hazen reseruaciones en fauor de los que venden, pues quedan tan señores como antes. Y en esta, con repetidas clausulas se reserua Doña Isabel el dominio y gozo para si, y sus descendientes. Y luego impone a los compradores cargas, y obligaciones grandes pecuniarias. Y Pedro de Altarriba, por si, y por su hijo las acepta, y se obliga a su cumplimiento a fauor de terceras personas, que los podian compeler (puesto que alteri per alterum acquiritur obligatio in Regno por la carta, aduersus regulam *tex. in l. stipulatio ista, §. alteri, ff. de verb. oblig. Port. verbo Instrumentum, num. 84. Sesse decis.* 189. *num. 20.* De la qual obligacion no podia saluar a Pedro de Altarriba, que los dos contrayentes reconociessen que la vendicion era simulada, por no poder dañar a los Censalistas, y terceros, a quienes se auia adquirido. Ad quid enim perditio hæc, in venditione simulata, & fictitia, obsecro videatur *Rot. apud Ludouis. decis. 195. num. 3.* que auiendo dicho, *quod sicut potest*

*test simulatio coniecturis , & præsuppositionibus probari, longè magis etiam potest excludi,*ex Cephal.cons.325. nu. 25.& seqq. subdit in hunc modum : *Ponderarunt etiam domini , prouissionem cedulæ vanchariæ , promissionem dandi plures fideiussores, & interim,donec accederent,debere firmam manere obligationem D. Olgiati , & plures alias cautelas,tam pro assecuratione solutionis fructuum, quam pro firmitate , & validitate census ; ad quid enim perditio hæc,in censu fictitio,& simulato?*

Considerese mas , que la edad de Don Francisco (comprador,como su padre) era incapaz de confiança , y en sus hijos y descendientes no nacidos imposible. Pues porque la otra parte funda tanto su pretension en lo indiuiduo de la fe del contrato, si por ella se le haze euidencia que no tiene justicia?Seriale vtil el consejo del I. C. en la ley 1. ff. de inofficios.testam. *Melius quidem faceret , si se sumptibus innanibus non vexerat,cum obtinendi spem non habeat.*

Y si defiende que fue simulada, como para el valor de la cesion afirma , que Pedro de Altarriba tuuo facultad de agenar a su voluntad,en las palabras, *y a quien vos, y ellos quereis respectiue*?Ser la vendicion simulada,y poder disponer el comprador a su arbitrio, no son cosas contrarias?

No haze euidente repugnancia ser la vendicion para despues de los dias de Doña Isabel,y ser en fe, y confiança para ella misma,y a su vtilidad y prouecho,como dize el reconocimiento. Andabatarum , ergo, more certat pars aduersa , como dixo el motiuo singular de la causa de Yxar, que se atribuye al señor Abengochea.

El argumento de lo indiuiduo del contrato,ha de aprouechar a la parte que mejor prouare la verdad,ò la ficcion; porque si fue ficto , lo fue in totum , y si verdadero, lo fue para todos los compradores,como se pondera.

La prueua de la realidad y verdad que defendemos , tiene por si todas las consideraciones referidas que hazen euidencia,y excluyen por imposible la simulacion. Y fomen-

D tan-

tando todas, la presuncion que asiste al instrumento, son eficacissimas, *ex Cephal. & Rot. supra allegatit.*

De que resulta, que la prueua de que se valen los contrarios, que es la confession de Pedro de Altarriba, es la inverosimil, y no creible; y que se mouio a hazerla, no por la confiança, sino por algun otro respecto que sobreuino cō el casamiento de Doña Isabel Diez de Aux, y que por hazerla contra la realidad de la vendicion, y voluntad de la dicha Doña Isabel, cuidò de no perjudicar a su hijo, cautelandose en el modo de hablar personal y limitadamente.

Dize la otra parte, que Doña Isabel vendio con las reseruas y obligaciones; por si se le faltaua a la confiança: que es dezir, que fiaua, y no fiaua, cosas tambien diuersas, y contrarias, como elegantemente lo dixo Ciceron *Tuscul. lib. 3. pag. mihi 150. num. 5.* his verbis: *Qui autem est fidens, is profecto non extimescit; discrepat enim à timendo, confidere.*

Y si por la calidad y condicion noble en sangre, y animo de Don Pedro de Altarriba, que para esto ensalza, y encumbra la otra parte, hizo confiança del, como tiene temor, y desconfiança en vn mismo tiempo de la misma persona? Ay mas que dezir. Ay mas que responder?

Aprieta la dificultad el codicillo contra la simulacion, y se le dà salida, con que se otorgò en el Castillo de Huerto, y con miedo. Era ya casada, y Don Carlos de Heredia su marido no consta que estuuiesse ausente, antes se deue presumir assistiò a la enfermedad de su muger, con el afecto de recien casado. A mas de que conualecio la codicilante, y viuio por muchos años despues, con que si la fuerça la huuiera obligado, le fue facil reuocar el codicilo, pero como importaua al cumplimiento de su voluntad, y a lo que conuenia a su conciencia, permanecio en ella hasta la muerte: Quæ diutina permanentia, voluntatem liberam, & enixam demonstrat, *l. in fraudem 15. §. testamentum. ff. de milit. testam. Honded.* latissimè *consl. 74. lib. 1. Mantic. de coniect.*

iect lib.12.tit.1.num.14. Menoch.cons.130.num.17.Fusar. de subst.q.569.à num.23.

Vno de los que con mas afecto cuidan de la pretension de Pedro Batista Seron, confiriendo la materia, reconocia que la voluntad de Doña Isabel fue tal como se contiene en la vendicion, pero replicaua que el medio auia sido nulo. El de la vendicion, porque sin precio faltaua en lo sustancial del contrato. Y la donacion (a que mas assentia, concediendo simulacion de contrato a contrato) la daua por nula por falta de insinuacion.

A lo primero, de que no huuo precio, resisten tantas consideraciones, como quedan aduertidas por la verdad de la venta.

Y a lo segundo, que si fue donacion, fue ex causa onerosa, por tantas obligaciones como se les impusieron a los compradores, y no era necessario se insinuasse. Y mas se arguye, que si de voluntad fue donacion, no fue confiança, y que Pedro de Altarriba dixo en el reconocimiento lo contrario de lo que en realidad de verdad auia passado, mouido de algunos otros respectos, como queda dicho. Sobre que se ha de ver la deposicion de Don Carlos Fernandez de Heredia, Sumario pag. 29. donde dize, que el Señor de Huerto hizo el reconocimiento a su peticion, con que se descubre, que la declaracion no fue voluntaria, ni por cumplir con su conciencia, y que assi no reparò en hazerla a su perjuizio por lo poco que auenturaua segun su edad, y que se cautelò en las palabras, con aduertencia y cuidado de no perjudicar a su hijo y descendientes.

Ex omnibus prædictis demonstratiue constat, que estando por nosotros la prueua infalible de la verdad, y realidad de la vendicion, nos asiste el argumento del dubio, fundado en lo indiuiduo del contrato, porque si es indiuiduo, y respecto de Don Francisco de Altarriba, y sus descendientes por imposibilidad natural no pudo ser simulado, y en fe no lo fue, ni pudo, respecto de D. Pedro su padre.

VI-

Vltimamente se funda el dubio, en que auiendo querido perjudicar Don Pedro de Altarriba, con el reconocimiento y cessión a Don Francisco su hijo: no pudo contrauenir a su voluutad, siendo su heredero en bienes de mayor valor que el Lugar de Alfozea.

Acerca de la voluntad queda respondido, que no la tuuo, como lo resoluieron ocho votos de los dos Senados, de diez que concurrieron en las dos instancias de la lite pendente, con motiuos tan eficazes, y graues: cuya resolucion se ha de tener por mas segura, y se deue atender mucho, porque como nota *Scac. de sent. & re iudic. glos. 14. q. 2. à num. 46.* el numero de sentencias en la decission de questiones juridicas, haze probança en fauor de lo juzgado; como la haze el numero de testigos in quæstionibus facti: *Quia sententia* (son palabras suyas) *est attestatio Iudicis, qui viso toto processu, virtualiter tanquam testis iuris per sententiam coram Republica, & Principe testatur, quod talis litigator fobet bonum ius, & alter malum.*

Y quando huuiera querido; no consta del tantundem, por no auer probado la otra parte el valor de la propiedad del Lugar de Alfozea, de que no se puede hazer computo por los frutos, y renta, por la diferente estimacion que se haze de los Lugares de Señorio, con vasallos, jurisdiccion, y absoluta porestad, que de otros bienes. Y no ay sugeto liquido y cierto en los dos extremos, ò partidas de la entrada, y perjuizio, para determinar sobre este punto, vt non abs re, *Grat. tom. 3. discept. 529. n. 17.* Cum quãtitas liquida, naturaliter non possit commensurari, cum quantitate illiquida, & incerta.

A mas de que pòr la vendicion se le adquirieron a Don Francisco de Altarriba otros muchos bienes sitios de grande valor, sin el Lugar de Alfozea, y quedaron vinculados, segun el mayorazgo de Huerto, y por el pertenecen de presente al señor de Huerto, que oy es: y es preciso computar su valor, como el de Alfozea, pues no ay mas ni menos ra-

zon

zon para el perjuizio, en los vnos que en los otros bienes.

No le hallò ſalida la otra parte a eſta dificultad, ſino con dezir, que baſta ſer heredero, aunque no tenga bienes para no poder contrauenir al hecho del difunto que repreſenta. No tiene fundamento, por los efectos del beneficio de inuentario, que ipſo foro compete en el Reino. Y ſi fuera la propoſicion verdadera, no ſe nos pudiera replicar contra el nueuo titulo del codicillo, con la capitulacion de ſus padres, que antecedentemente dio derecho a Don Luis de Heredia, pues confieſſa la otra parte, que fue heredero de Doña Iſabel Diez de Aux. Y como tal no pudiera (en ſu ſentencia) contrauenir a la diſpoſicion codicillar, ni excluirla con el derecho ex propria perſona.

Finalmente en el punto de la ſimulacion, ſe acuerda la parte cõtraria del pleyto entre D. Ioſeph, y Doña Franciſca la Cabra, en que defiendo, què aquella vendicion fue ſimulada, como en eſte, y eſtà lo cõtrario. La defenſa es natural, ſi bien cum moderamine inculpatæ tutelæ, cum non agatur de vtilitate clientuli, ſed de fama Patroni. No es fuera de propoſito el *hic, vt hic, & ibi, vt ibi*, de las gloſas de Acurſio, q̃ rodeã el derecho Ciuil, porq̃ no ay mas diferencia de vn caſo a otro, en los pleitos dichos, q̃ diſta la ficcion, de la verdad. Circunſtãcias, y cõjeturas prueban la ſimulaciõ, y otras la excluyẽ. El primor eſtà, en la aplicacion, como (grauemẽte) dixo el ſeñor *Caſanate conſil. 15.* por D. Martin Cabrero *n. 3. verſ. Ideoque difficultas, & n. 4.* reſpondiendo a la tacita, de lo que en contrario (al parecer) auia defendido en la cauſa de Quinto: *Nam cum quilibet etiam leuiſsima facti circunſtantia (teſte Quintiliano) ius mutare ſoleat, merito ex varietate circunſtantiarum in diuerſas abitur ſententias.* Quanta ſea la diuerſidad del pleyto de los Cabras a eſte, ninguno como V. S. lo ſabe. Y yo eſpero, q̃ las ſentencias en los dos, ſe conformaràn cõ el dicho de Acurſio, *hic, vt hic, & ibi, vt ibi*, como ſe han conformado haſta aora las dos ſentencias deſte Proceſſo en la lite penden-

E te;

te;que excluyeron la pretensa simulacion: Y la del Zalmedina en el de los Cabras que la admitio, cõ acuerdo de Assessor tan docto. Y el motiuo desta Real Audiencia, en el Processo Ioannis Carui, que tratò de la misma vendicion, insinuando la simulacion en aquel parentisis *(forsam simulata)* con que se vera, que en lo vno, y en lo otro, tengo tã grandes apoyos, y en todo defiendo la verdad, y clara, y clarisima justicia. Que pro secundo dubio sufficiant.

DVBIVM TERTIVM.

Quamuis Domna Elisabeth in codicillo post venditionem facto iusserit seruare, reseruationes, vincula, & successiones in dicto instrumẽto venditionis contenta iuxta suam seriem, continentiam, & tenorem. Non ex hoc nouus titulus ex dicta approbatione resultare posse videtur, in fauorem Francisci Altarriba. Nam cum eo tempore quo illum condiderit nupta esset, cum Don Carolo Fernandez de Heredia, & in pactis dotalibus inter eos inuitis, appositum fuit vinculum in fauorem filij nascituri primogeniti, qui fuit Don Ludouicus: in eius præiuditium, & suorum hæredum non potuit aliquod statuere, cui in confessio est abintestato successisse Domnam Esperantiama. Rtificatio enim certissimi iuris est, non operatur in præiuditium eius cui medio tempore fuit ius quæsitum.

RESPVESTA.

A Dos fines se vale esta parte del codicillo. Para prueua de que la vendicion fue verdadera, de quo satis.

El segundo para induzir nueuo titulo. Y en este (quia ingenui animi est veritatem agnoscere) no negamos la releuancia del fundamento de la duda (si Don Luis de Heredia tuuo derecho por la capitulacion de sus padres) pues no le pudieron perjudicar despues, *l. perfecta donatio, C. de donat. quæ sub mod.* cum alijs vulgatis.

Pe-

Però dandole credito en esto a la parte contraria, no sucedio a su madre por los capitulos, & ex propria persona, sed vt hæres abintestato; Assi lo afirma en los articulos 20. y 21. de su proposicion de firma, y que como tal heredero possèyò este Lugar, sus terminos, y jurisdiccion, hasta su muerte.

Prueuase assi mesmo, de que en los capitulos se vincularon los bienes de sus padres, con condicion que huuiesse de lleuar el nombre y armas de Diez de Aux; y se repite diziendo: *La qual condicion se impone por pacto especial.*

Esta condicion, ò suspensiua, ò resolutiua, no consta (ni aun se alega en el processo) que Don Luis de Heredia la cumpliesse, ni que se llamasse del nombre de Diez de Aux a solas, ni en compañia del apellido y renombre de Heredia en toda su vida; antes bien que se llamò Heredia a solas, como lo llaman repetidas vezes en la proposicion de Doña Esperança. Quare non adimplendo voluntatem parentum, in eorum bonis (ex illa scriptura) non succesit, *Guid. Pap. decis. 251. Paris. cons. 19. num. 127. vol. 2. Gil. Bened. in cap. Raynutius, verbo Raynutius, num. 44. de testam. Burg. de Paz in prohem. ll. Taur. num. 27.*

Y sin interpelacion quedò excluido, segun la distincion de las adiciones à *Molin. de primog. lib. 2. cap. 14. ad num. 23. vers. si vero,* ibi: *Vlteriusq; addimus, eo ipso quod modo contraueniatur, vtendo alio nomine, aliaque arma; & non institutionis assumendo, ac deferendo, amittere maioratũ ob modi transgressionem, & evolui ad vlterius vocatum, isto nulla admonitio præcesserit: ad monitionem solum dicerem necessariam, quando ille se haberet negatiuè institutoris arma, neque aliqua alia assumendo, ac deferendo.*

Llamale siempre la proposicion de Doña Esperança, *Don Luis de Heredia*, a solas. Y auiendo exhibido por su parte los capitulos, en donde se halla escrito el grauamen (quæ exhibitio arguit scientiam contentorum in instrumento, *Rom. singul. 96. Cast. cons. 382. p. 2. Azeb. in l. 1. tit. 2. lib.*

2.*lib.4.compilat.Gratian.discept.488.nu.15.*) ni se prueua, ni alega el apellido de Diez de Aux, que aunque fuera notorio que lo auia lleuado, no releuaua ab onere allegandi. Y con esto le da sucession en Alfozea, como heredero de su madre, que es titulo diuerso, y aun contrario. Magna igitur ex causa eum ex illa scriptura, & titulo non successisse defendimus. Que como dixo *Paris. praallegat. cons. 19. num. 143.* renuntiatio quæ inducitur propter inobedientiam, non adimplendo voluntatem disponentis, magis excludit, quam renuntiatio expressa, refert Bald. & alios idem docentes.

Y en la Corte del señor Iusticia de Aragon, en el processo Petri Benas, en el articulo de firmas, perdio Martin Ioan de Mezquita, por no auer pagado la pension con que le dexaron vnas casas. Et in processu D. Martini de Bardaxi, olim Torrellas, super apprch. Varoniæ de Antillon, en los quales dos processos se declarò contra el que no cumplio la obligacion impuesta, sin que precediesse declaracion del incurso, y en lo de Antillon lo confirmò esta Real Audiencia en la apelacion.

DVBIVM QVARTVM.

DOmnam Elisabetham Diez de Aux, videtur non potuisse in præiudicium Don Ludouici eius filij ex legitimo matrimonio pro creati vendere locum de Alfocea, cum in eo successerit tanquam hæres Martini Diez de Aux eius fratris, cum pacto, vinculo, & conditione, quod si decessisset sine filijs legitimis, & ex legitimo matrimonio pro creatis, & descendetibus eorum legitimis, bona peruenirent in Beatricem sororem; & ea tunc in humanis non existẽte, in eius filios ex legitimo matrimonio pro creatos, & in eorum defectum in suos descendentes. Quibus etiã non existentibus ad paterna bona vocabit Ioannem Diez de Aux, & eius filios, ac descendentes, & quoad materna fi-

filios, ac descendentes Ildefonsi Coscon, & Domnæ Ioannæ Diez de Aux, vxoris Petri de Altarriba cũ eisdem et qualitatibus. Ex quo duo resultãt. Primum scilicet, filios Domnæ Elisabethis positos fuiße in conditione non simpliciter, sed cum qualitate ex legitimo matrimonio procreatorum. Et secundum, nempè, filios, ac descẽdẽtes minus dilectorum fuisse vocatos. Quo casu absurdum videretur, quod in præiuditium filiorum, ac descendentium sororis, & aliorum consanguineorum, eueniente casu fideicommissi, non valeret dicta venditio, & in præiuditium magis dilectorum subsisteret, quibus extantibus coniecturis, etiãsi cartæ standum sit, videtur fatendum secũdum DD. censuram, vocatum fuisse Don Ludouicum antecedenter ex testamento patrui, ac per consequẽs, quo ad eius præiuditium non potuisse valere alienationem factam per Domnam Elisabetham.

RESPVESTA.

LA materia desta duda offrecia ocasion a vn largo discurso, por tanto como los Dotores lo han dilatado en ella. Pero reduziendola a lo necessario para el caso presente; son dos las conjecturas que el dubio propone para induzir llamamiento de Don Luis de Heredia. La vna la qualidad de legitimo matrimonio. Y la otra la vocacion de los hijos de los substitutos menos amados.

La primera (aun en terminos de derecho) està reprobada comunmente *Cephal. cons. 208. in princ. & num. 17. Petra de fideicommiss. q. 9. num. 176. & 201. Zanch. in §. cum ita p 7. num. 57. Rui. cons. 101. num. 3. 4. vol. 2. Torniol. cons. 4. num. 23. Ant. Thesaur. decis. 96. num. 26.* vbi ait *de nihilo seruire hanc coniecturam*, y al fin dize, *vana est ista coniectura legitimationis*, vease *Griuell. decis. Dola. 125. nu. 77.* ibi: *Ad sextam, & postremam coniecturam*

 pe-

petitam ex qualitate legitimitatis dicendum est, eam admodum leuem esse, ob idque damnari, & contemni, con Menoch. y Thesaur. Discurre largo en su reprouaciõ el mismo Griuell. subdens postea: *Qui enim talem conditionem adscribunt, agunt quantum possunt, vt demonstrent, nõ alios liberos substitutionem extinguere posse, quam qui vere, & naturaliter sunt liberi, ad differentiam, & exclusionem eorum qui sunt legitimi, & ciuiles, puta adoptiui, & ad exclusionem etiam Monasterij, quod nostri volunt esse loco filij ad excludendum substitutum, cap. in præsentia extra de probat. sicque id potissimum curant, vt scilicet non sit in potestate hæredis grauati adoptionis commento, vel ingressu Monasterij, fideicommissum extinguere, non autem, vt successioni abintestato legem dicant, l. si ita quis, §. vlt. de legat. 2. l. fideicommissum, ff. de condit. & demonstrat.*

Y *Fontan. de pact. nupt. tom. 1. cla. 4. glos. 24. num. 13.* hablando de los hijos puestos en condicion con las dos qualidades de varones legitimos, y de legitimo matrimonio procreados (de que algunos Doctores sacaron conjetura de llamamiento) dize. *Numquam tamen vidi, nec audiui, quod propter huiusmodi qualitates cõditioni appositas pro vocatione sit declaratum.* Auiendo dicho antes, que si en Cataluña se admitieran, era superflua la question, pues casi en todas las disposiciones en que los hijos se ponen en cõdicion, se hallan essas dos qualidades. Prædicta de iure sunt verissima vt præcitati, & plures alij Consulto ommissi tenent, & concludunt.

En el Reino es mas seguro por la lei de la carta, que excluye toda inteligencia conjectural, vt in eo loquentes docent *Berreta cons. 74. num. 12. Bero. cons. 57. num. 63. vol. 3. Casana. cons. 4. num. 297. 298.* Y la mayor ponderacion que se haze para el llamamiento con la qualidad de legitimos, lo dà por leue *Sesse tom. 3. decis. 264. nu. 3. vers.*

hæc tamen argumentatio, y mas de propoſito la reprueua *Caſana.conſ.45. num.38*. Alia omitto tanquam non neceſſaria.

La ſegunda conjetura que ſe funda en el argumento à minus dilecto, ad magis dilectum, no es conſiderable, Porque los DD. que le dan alguna operacion, es, quando el menos amado excluye a los hijos del primer inſtituido, pueſtos en condicion: No quando (como en nueſtro caſo) la exiſtẽcia de los hijos, excluye a todos los ſubſtitutos, quedando ellos con la ſuceſsion legal, ò ex parentum diſpoſitione. Aſsi lo reſuelue *Griuell.præ allegat.deciſ.125.ex n.74.* videndus *Font.de pact.nupt.2.tom.cla.6.gloſ.10.p.2.n.46.47.* con *Ant.Fab. C.lib.6.tit.20.defin.1.* vbi elleganter retorquet argumentũ: conſiderando la mayor dileccion en el primero llamado, contra quien ſe aumenta otro fideicomiſſo, y grauamen, dando llamamiento a los pueſtos en cõdicion. Por lo qual remata *Fontan.d.num.47.* con eſtas palabras. *Vix ergo videtur admittendum argumentum prædictum, niſi in caſu quo filij remotiorum forent admittendi, quo caſu propriè caderet coniectura, ne filij minus dilectorum excluderent filios magis dilectorum.*

Hablò deſta conjetura el *S.Seſſ.deciſ.65. num.9.& 18.* Y aunque alli ſe conſideraua la excluſion de los hijos del predilecto pueſtos en condicion, por la vocacion del mas remoto; la ſentẽcia reprobò eſta, y otras congeturas, que en aquel caſo concurrian, como ſe aduierte del fin de la deciſsion. Reprueuebala aſsi meſmo *Ferrer in conſt.* los impuberes, *gloſ.5.ex num.34.*

Repugna aſsi miſmo el eſtatuto de la carta, porque el llamamiento que ſe quiere inducir, es coniectural, y tacito, vt ad ſenſum patet, & in eadem ſpecie coniecturæ dicit, *Font. ſupra d.clauſ.5.gloſ.10.p.2.num.26.& 39.*

Tengo por abundante lo demas que acerca deſta conjetura ſe diſcurra. Y aſsi remato el diſcurſo diziendo, que

lo

lo juzgado por esta parte en la lite pendente, es verdadero y justo, para que no se disienta, antes se confirme en este Articulo. Y que la pobreza, y meritos de la milicia de Agustin Batista Seron, no son meritos del pleyto. Salua in omnibus Integerrimi Senatus Grauissima Censura, Iulio 4. 1645.

Gonzalez de Leon.